Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Aus der Rechtsübung eines deutschen obersten Gerichts, des Oberappellationsgerichts in Darmstadt, im Kreise des gemeinen deutschen Civilprozesses. Variae causarum Figurae.

Von

Herrn Advokat Bopp in Darmstadt.

Dritte Abtheilung.

I. Zur Lehre vom Arrestprozesse. *)

1) Unerstreckbarkeit des Termins zur Rechtfertigung des angelegten Arrests.

In dem unter dem entsprechenden Rechtsnachtheil anberaumten Termin zur Rechtfertigung des verhängten Arrestes bat Impetrant das Landgericht darum, den Impetraten, in dessen Händen sich die zur Rechtfertigung des Arrestes erforderlichen Urkunden befänden, zu deren Vorlegung anzuhalten, da sie gemeinschaftliche Documente seien, bis dahin aber den Termin offen zu halten. Impetrat trug auf Aufhebung des Arrestes durch Realisirung des angedrohten Rechtsnachtheils an, weil Impetrant versehen mit allen Mitteln zur Rechtfertigung des Arrestes hätte erscheinen müssen, um diese zu versuchen. Das Gericht gab diesem Antrag des Impetraten keine Folge, verurtheilte ihn vielmehr zur Vorlegung jener Urkunden. Auf seine Berufung erkannte das Mittelgericht dahin, daß das Editionsgesuch wie angebracht als unzulässig zu verwerfen und zum Verfahren wegen Rechtfertigung des Arrestes weiterer Termin anzuberaumen sei. Hiergegen Oberberufung des Impetraten in letzterer Beziehung.

Das oberste Gericht reformirte dahin, daß der Arrest wegen Unterlassung der Rechtfertigung desselben wieder aufzuheben sei,

---

1) Vgl. überh. den 23. Band dieses Archivs, S. 239 flg. Quentin Bemerkungen über das Princip des gemeinrechtlichen Arrestprozesses.

Mit dem Termin zu dessen Justification, in welchem Impetrant mit allen darauf berechneten Mitteln gerüstet erscheinen müsse, schließe sich nach der Natur dieser summarischen Prozeßart das Verfahren nothwendig ab [2]), so daß eine Erstreckung unstatthaft sei. Dies lehrten auch die Prozessualisten, wie Linde: Lehrbuch des gem. Civilprozesses, §. 351, wo er hervorhebe, daß nicht einmal auf Nachbringung besserer Bescheinigung erkannt werden dürfe, weil diese Gestattung dem Zweck des Rechtfertigungstermins und den hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen des summarischen Verfahrens widerstreite.

Erk. vom 1. Sept. 1852 in Sachen des Bürgermeisters Tobias Krauß in Auerbach, Impetranten, gegen Jakob Krauß daselbst, Impetraten, Rechnungsstellung, nun Arrest betreffend.

2) Erfordernisse zur Begründung eines Arrestgesuches. [3])

Auf Anregung des Klägers bestrickte das Gericht das Vermögen des Beklagten mit Arrest und beraumte zu dessen Rechtfertigung einen Termin an. Gegen diese Verfügung wendete sich der Beklagte mit einer außergerichtlichen Beschwerde an das Mittelgericht, welches dem Untergericht rescribirte: Wir halten den von Ihnen über das Vermögen des Beklagten verhängten Arrest in keiner Beziehung als gerechtfertigt, da in der Arrestklage weder eine Forderung des Klägers, noch die Gefahr des Verlustes derselben bescheinigt wurde. Die von dem Actuariatsgehülfen L. aus den mit Beschlag belegten Büchern gefertigte Abrechnung ist von dem Beklagten nicht als richtig anerkannt worden; vielmehr hat er, wie sich aus dem Protokoll vom 3. August l. J. ergiebt, mehrere Posten dieser Abrechnung als unrichtig bestritten, bezüglich anderer Posten sich noch weitere Erklärung vorbehalten, so daß es hier noch als zweifelhaft erscheint, ob dem Kläger überhaupt oder wenigstens in welchem Betrage eine Forderung an den Beklagten

2) Schmid: Handb. des gem. deutschen Civilprozesses, Th. 3, S. 145. Rechtslexicon, Bd. 1 s. v. Arrest, Arrestprozeß, S. 455, 456. Bayer: Theorie der summarischen Prozesse, sechste Auflage, 1853, §. 37.

3) Bayer a. a. O, §. 24, S. 61—65. Martin: Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, Band 2, 1857, S. 306—310.

zusteht. Ebenso ungenügend ist die Bescheinigung des Bürgermeisters über das Vermögen des Beklagten, da es nach deren Inhalt ungewiß ist, ob nicht der Beklagte außer dem angegebenen Vermögen noch eine Hofraithe besitzt, und außerdem dessen bewegliches Eigenthum nicht genügend specificirt ist, so daß es namentlich als zweifelhaft erscheint, ob darunter auch die Ausstände begriffen seien, aus der Arrestklage selbst aber hervorgeht, daß Ausstände vorhanden sind. Da es hiernach an den wesentlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Arrestes mangelt, so haben wir, unter Wiederaufhebung Ihrer Verfügung und Verurtheilung des Klägers in die Kosten, das Arrestgesuch des Klägers als unbegründet verworfen.

In Folge dieses Erlasses wurde der Arrest aufgehoben.

Kläger wendete sich nun mit einer außergerichtlichen Beschwerde an das oberste Gericht unter der Bitte, mit Aufhebung der Verfügung des Mittelgerichts das Arrestgesuch für begründet zu erachten und dem Landgericht aufzugeben, den impetrirten Arrest schleunigst zu erneuern, namentlich auch die dem Impetraten zurückgegebenen Papiere ꝛc. wieder zu den Gerichtsacten zu nehmen und baldigst Termin zur Rechtfertigung des Arrestes anzuberaumen. Der Beschwerdeführer hob besonders hervor, daß zur Begründung eines Arrestgesuchs Bescheinigung genüge und bezog sich dabei auf Puchta's Beitrag zum ersten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß: Ueber den Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung, S. 303 und die fünfte Auflage von Bayer's Theorie der summarischen Prozesse §. 35, Note 2.

Das oberste Gericht rescribirte dem Mittelgericht, das sich in dem erforderten Bericht auf die in seiner Verfügung dargelegten Gründe bezog: Die auf Veranlassung des Landgerichts über das nach dem Inhalt der Acten zwischen den beiden Theilen bestandene Geschäftsverhältniß nach Anleitung der hierüber in dem Besitze des Beklagten befindlich gewesenen und von diesem gerichtlich erhobenen Papiere aufgestellte Berechnung führte zu dem endlichen Ergebnisse einer dem Kläger zustehenden Schuldforderung von sehr bedeutender Größe, welche auch in ihrem wesentlichen Bestandtheile nach einer in Gemäßheit der hierüber

von dem Beklagten abgegebenen Erklärungen erfolgte Berichtigung der vorliegenden Rechnung fortbestehen bleibt. Die Beschlagnahme der hier fraglichen, von dem Beklagten besessenen Geschäftspapiere, die nach deren Anleitung bewirkte Rechnungsstellung und das hierauf gefolgte weitere Verfahren fand zwar zunächst zum Zweck der Wiederaufnahme einer früher gegen Beklagten eingeleitete Untersuchung statt; es läßt sich indessen hierin kein genügender Grund dafür auffinden, der aufgestellten Berechnung in Verbindung mit dem über die bezüglich jener Rechnungen vom Beklagten abgegebenen Erklärungen aufgenommenen Protokoll, dessen Beweiskraft durch die dagegen von ihm geltend zu machen versuchten, bis jetzt aber durch die Acten in keiner Weise bestätigten Einwendungen nicht geschwächt oder aufgehoben zu werden vermag, die Wirkung einer Bescheinigung der Existenz der Schuldforderung zu versagen. Hiernach mußte es genügen, wenn sich Kläger für sein Arrestgesuch zur Bescheinigung seines Anspruchs auf jene Actenstücke bezog, um so mehr, da er einen Theil desselben auf weitere, bei demselben Gericht befindliche, zwischen beiden Theilen bereits früher erwachsame Acten stützte. Nicht weniger wird eine dem Kläger drohende Gefahr des Verlustes seiner Forderung in einer dem beabsichtigten Zweck genügend entsprechenden Weise durch eine vorgelegte Bescheinigung des Bürgermeisters dargethan, nach welcher der Schulden- und Vermögensstand des Beklagten von der Beschaffenheit ist, daß Kläger bezüglich der Realisirung seiner Forderung, mit Rücksicht auf deren bedeutende Größe, ohne Gewährung des Arrestgesuchs um so mehr als gefährdet erscheinen würde, als ein nicht unbedeutender Theil des Vermögens des Beklagten hiernach in leicht zu veräußernden Mobilien besteht und nach einer beigebrachten Bescheinigung bereits die Veräußerung einer nicht unbedeutenden Quantität von Branntwein stattgefunden hat. An diesem Ergebnisse wird nach der ganzen Actenlage im Wesentlichen auch dadurch nichts geändert, daß sich bei der von dem Landgericht vorgenommenen theilweisen Verzeichnung des Mobiliarvermögens des Beklagten ein die Angabe des Bürgermeisters übersteigender Betrag desselben ergab. Hiernach liegen die für eine vorläufige Erkennung des Arrests erforderlichen Voraussetzungen zur Genüge

vor, während es dem Beklagten unbenommen bleibt, hiergegen die sämmtlichen, ihm vermeintlich zustehenden Einwendungen in jeder nach der Natur dieser Prozeßart zulässigen Weise im Rechtfertigungstermine geltend zu machen. Da so das Arrestgesuch als rechtlich begründet erscheint, so ziehen wir Ihre Verfügung ein, und geben Ihnen auf, daß der von dem Landgericht verhängt gewesene Arrest ohne Zeitverlust wieder hergestellt, zur Rechtfertigung desselben in möglichster Zeitkürze ein Termin bestimmt werde.

Rescript vom 21. December 1849 in der unter der vorigen Nummer gedachten Rechtssache.

3) Sicherung der Ausübung des generellen Pfandrechts der Ehefrau an dem Vermögen des Ehemanns wegen ihrer Illaten durch Arrestbestrickung der Schuldurkunde über eine von demselben abgetretene Darlehnsforderung.

A. lieh gegen Ausstellung von Schuldurkunden zwei Kapitalien aus und trat dann nach einiger Zeit beide Forderungen an B. ab. Da diese Urkunden sich in dem Besitze der Schwiegermütter des A., der Wittwe H., befanden, so erhob B. gegen sie Klage auf deren Herausgabe. Er erwirkte ein Urtheil, das die Beklagte dazu verurtheilte. Ehe dieses rechtskräftige Urtheil zur Vollstreckung kam, trat die Ehefrau des in Gant verfallenen A. mit einer Intervention auf: Sie habe ihrem Ehemanne ein den Betrag jener beiden Forderungen übersteigendes baares Vermögen eingebracht, das er für jene beiden Darlehen verwendet habe; zu dessen Sicherheit stehe ihr ein gesetzliches Pfandrecht zu; da nun über dasselbe Gant erkannt worden sei und daraus ihre Illaten nicht würden erstattet werden können, aber auch die Vermögenszustände des B. mißlich seien, und, wenn derselbe jene beiden ihm abgetretenen Forderungen einkassiren würde, ihr Pfandrecht ohne Realität sein würde, so beantrage sie, die beiden Schuldbriefe mit Beschlag zu bestricken. Nach Verhandlungen zwischen der Intervenientin und dem Interventen B. erkannte das Gericht dahin, daß der impetrirte Arrest vorerst für gerechtfertigt zu erachten sei und in der Hauptsache weiter ergehen solle, was Rechtes, wenn Intervenientin erweise, daß sie ihrem Ehemann vor jener Cession Vermögen, welches nicht mehr vor-

handen, eingebracht habe: Das Gesetz räume der Ehefrau ein generelles Pfandrecht an dem Vermögen des Gatten ein, und zwar zur Sicherung der Restitution ihrer Illaten; dieses erstrecke sich auf die eingebrachten fungibeln Sachen; vermöge seiner Natur als dingliches Recht erlösche es nicht durch den Uebergang des seinem Nexus Unterworfenen in das Eigenthum eines Andern, daher denn auch, wenn Intervent Eigenthümer der früher zum Vermögen des A. gehörig gewesenen Schuldbriefe geworden, das Pfandrecht der Intervenientin nicht erlösche, so lange die Forderung selbst noch bestehe; die Möglichkeit der Erlöschung derselben und mithin die Gefahr für die Intervenientin durch Einziehung der ausgelichenen Kapitalien von Seiten des Interventen, wenn er über die Schuldbriefe selbst verfügen könne, ergebe sich von selbst, so daß es einer Bescheinigung in dieser Beziehung nicht bedürfe. Weiter sei gerichtskundig, daß der Ehemann der Intervenientin in Gant gerathen sei, so daß ihr Recht, ihre Illaten zurückzufordern, als an sich begründet erscheine. Zwischen dem Antrage auf Sequestration und Arrestbestärkung bestehe kein rechtlicher Unterschied; die Beweisauflage entspreche dem Umstand, daß Intervent in Abrede gestellt habe, die Intervenientin habe ihrem Ehemann Vermögen zugebracht.

Dieses Erkenntniß wurde auf Berufung und Oberberufung des Interventen, der darüber Beschwerde erhob, daß nicht die Intervention mit dem daran geknüpften Arrestgesuche verworfen worden sei, und zwar im Wesentlichen aus den angedeuteten Gründen, auch oberstrichterlich bestätigt.

Erk. vom 23. December 1836 in Sachen der Ehefrau des Wachtmeisters Glock in Bickenbach, Intervenientin, gegen Wirth Schlumpf daselbst, Interventen.

4) Der Zeitpunkt, von welchem an Impetrat außer Stand gesetzt ist, über den Gegenstand des Arrestes zu verfügen.

Ein Gläubiger trug bei dem Landgericht zum Zweck der Sicherung einer durch rechtskräftiges Erkenntniß des Handelsgerichts in Mainz festgestellten Forderung darauf an, daß das seinem ausländischen (preußischen) Schuldner gehörige, im Bezirk des Landgerichts lagernde Holz mit Arrest belegt werde. Durch Verfügung vom 8. Dec. 1851, vollstreckt am folgenden Tage,

gab das Landgericht diesem Antrage Folge, indem es hiervon dem Impetraten Nachricht ertheilte, die demselben am 18. desselben Monats zukam.

Kurz darauf trat ein Dritter als Intervenient bei dem Landgerichte auf, behauptend, daß er jenes Holz bereits vor dieser Beschlagnahme, durch einen am 15. Dec. 1851 einregistrirten Vertrag käuflich erworben habe. Hierdurch entwickelte sich ein Rechtsstreit zwischen dem Intervenienten und dem Interventen, welcher die Frage auftauchen ließ, ob im Fall der Anlegung eines Arrestes dem Impetraten erst mit der Nachricht davon, oder schon im Moment dieser Anlegung, die Befugniß, über den Gegenstand der Beschlagnahme zu verfügen, entzogen werde [4])? Das Gericht entschied sich für letzteres, das Gericht zweiter Instanz, vor welchem Intervenient darzuthun suchte, die Anlegung des Arrestes an sich habe seinem Verkäufer die Disposition über dessen Gegenstand nicht entzogen, indem diese Wirkung erst mit dem Augenblick eingetreten sei, in welchem er von dieser Verfügung Nachricht erhalten habe, für ersteres. Daher Oberberufung des Interventen. Das Gutachten des oberstrichterlichen Referenten sprach sich dahin aus, daß jene Wirkung schon mit der Beschlagnahme eintrete, also mit diesem Augenblick Impetrat außer Stand gewesen sei, über den Gegenstand derselben zu verfügen. Der Zweck der verfügten Maßregel sei der gewesen, den Impetranten und dermaligen Interventen wegen Realisirung seiner judicatmäßigen Forderung an den Impetraten sicher zu stellen und diese Sicherung werde bewirkt durch den Act der Beschlagnahme, welche dem Impetraten die Befugniß, über deren Gegenstand zu verfügen, entziehe. Die Benachrichtigung hiervon habe nur die Wirkung haben können, daß er das Object als seiner Dispositionsbefugniß entrückt habe ansehen müssen, in bösen Glauben versetzt worden sei. Intervenient habe für seine Intention im Grunde nur geltend gemacht, daß erst mit jener Benachrichtigung das Object litiglös, mithin veräußerungsunfähig geworden

4) Die Literatur des Arrestprocesses berührt, so weit ich ersehen konnte, diese Frage nicht.

sei. Indessen fänden die Grundsätze über den Zeitpunkt der Litigiosität des Streitgegenstandes in Fällen vorliegender Art keine Anwendung. Bei den Römern sei der Zeitpunkt der Litigiosität mit deren Wirkungen in den gewöhnlichen Rechtsstreitigkeiten mit der Litiscontestation im römischen Sinne eingetreten, weil man darin einen Quasicontract erkannt habe, dem zu Folge die Partien sich verpflichteten, resp. verpflichtet worden seien, den Streitgegenstand intact zu lassen. Heutigen Tags sei dem Beklagten die Fähigkeit, über den Streitgegenstand zu verfügen, mit dem Augenblick der Insinuation der Klage entzogen, weil eine Veräußerung nach diesem Moment als Handlung im bösen Glauben erscheine. Die Wirksamkeit einer Arrestverfügung beruhe aber auf einem hiervon getrennten Grunde. Aehnlich verhalte es sich mit dem Gant, der dieselben Gesichtspunkte hervorhebe, indem dem Schuldner mit dem Augenblick der Erkennung des Concurses die Verfügung über sein Vermögen entzogen werde.

Das Tribunal adoptirte dieses Gutachten und reformirte durch Herstellung des Urtheils erster Instanz.

Erk. vom 25. Oct. 1854 in Sachen des Valentin Schmitt III. zu Kostheim bei Mainz, Intervenienten, gegen Georg Michael Pabstmann zu Castel bei Mainz, Interventen, zw. Sache des Letzteren, Impetranten, gegen J. H. Stinnes zu Mühlheim an der Ruhr, Impetraten, Ford. und Arrest, hier Eigenthum betreffend.

Vgl. ein Erkenntniß des kurhessischen obersten Gerichts v. J. 1856 S. 598, 599 des vierten Bandes der Häuserschen Annalen der Justizpflege in Kurhessen, ausgehend auch von der Erwägung, daß die Behändigung des den Arrest verfügenden Dekrets an den Schuldner als Arrestdritten dem Gläubiger und Impetraten sofort, auch vor ihm selbst gewordener Mittheilung jenes Dekrets, jede Verfügungs-Befugniß über die bestrickte Forderung zum Nachtheile des Impetranten entziehe.

Anders einzelne Proceßrechtsgesetzgebungen. So gedenkt Heimbach: Lehrbuch des bürgerlichen Processes in Sachsen Bd. 2, 1853, zweier thüringischen Proceßordnungen, denen zu Folge „jede von dem Schuldner von der Zeit an, wo er erweislich Kenntniß vom Arreste erlangt hat, un-

ternommene Veräußerung, Verpfändung oder Verschleppung des mit Arrest belegten Vermögens" nichtig sei.

5) Rechtsmittel gegen eine provisorische Verfügung, namentlich ein Erkenntniß, wodurch ein Arrestgesuch für begründet erachtet wird, bezüglich des Suspensiveffects.

Das Gericht erkannte am 17. Juli 1857 dahin: daß das Arrestgesuch des Klägers, unter Verwerfung der vom Beklagten hiergegen vorgebrachten Einwendungen, für begründet zu erachten, Letzterer daher schuldig sei, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft dieses Bescheides binnen acht Tagen die eingeklagte Forderung im Restbetrage von 11,885 Gulden so gewiß bei Gericht zu deponiren, oder hierfür einen solventen Bürgen zu stellen, als sonst auf Antrag die Sequestration des Braunstein-Bergwerks und, falls die Ausführung derselben sich als zu schwierig erweisen sollte, die Sistirung des ganzen Betriebs des Bergwerks verfügt werden würde.

Auf Beschwerde des Beklagten sprach sich das Mittelgericht dahin aus, daß nach einem in Theorie und Praxis allgemein anerkannten Grundsatze Rechtsmittel gegen eine Arrestverfügung keinen Suspensiveffekt hätten. Es verwarf so die Beschwerde (Verfügung vom 23. Juli 1857).

Am 28. desselben Monats verfügte das Gericht, daß der Beklagte sich des ganzen Betriebs des Bergwerks bei Vermeidung einer Strafe von 100 Thalern bis auf weitere gerichtliche Verfügung zu enthalten habe. Der Beklagte erwirkte nun folgende weitere Verfügung des Mittelgerichts vom 31. Juli an das Untergericht: Nach vorläufiger Prüfung der Materialien der Appellation gegen Ihre Arrestverfügung vom 17. d. M. finden wir uns veranlaßt, Inhibitorialien zu erlassen und Ihnen jedes weitere Vorschreiten und jede Veränderung des Stands der Sache zu untersagen. Auch haben wir namentlich Ihre Verfügung vom 28. d. M. vorläufig bei Seite gesetzt.

Auf Beschwerde des Klägers rescribirte das oberste Gericht: Da, wie Sie selbst in Ihrer Verfügung vom 23. v. M. anerkannt haben, es in der Theorie und Praxis feststehender Grundsatz ist, daß Rechtsmittel gegen eine Arrest- oder sonstige

provisorische Verfügung keinen Suspensiveffect haben [5]), und auch eine blos vorläufige Prüfung des materiellen Gehalts des gegen eine derartige Verfügung verfolgten Rechtsmittels durch den Oberrichter diesen nicht zu berechtigen vermag, von jenem Grundsatze abzugehen, da ferner hiergegen in dem vorliegenden Fall auch nicht in Betracht kommen kann, daß die von dem Stadtgericht in seinem Dekret angeordnete Maßregel für den Beklagten und jetzigen Querulaten mit bedeutendem Nachtheile verknüpft ist, indem es dem Beklagten freistand und noch freisteht, diese Nachtheile durch Deponirung der eingeklagten Forderung oder Stellung eines solventen Bürgen abzuwenden, wozu er nach der Angabe seines Anwalts in der Lage ist, so haben wir der klägerischen Beschwerdeführung stattgegeben und dem gemäß, unter Aufhebung Ihrer angefochtenen Verfügung vom 31. v. M. und Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der gegentheiligen Beschwerdeführung, die stadtgerichtliche Anordnung, daß einem gegen seine Entscheidung in der Arrestsache zu verfolgenden Rechtsmittel der Suspensiveffect zu versagen sei, sowie das in Folge hiervon ergangene Dekret vom 28. v. M. wieder hergestellt ꝛc.

Rescript vom 19. August 1857 in Sachen des Bürgermeisters Storch in Weckesheim, Klägers, Impetranten, gegen C. W. Fornie zu Gießen, Beklagten, Impetraten, wegen Forderung, jetzt Arrestanlegung.

Der Art. 726 des Entwurfs der Civilprozeßordnung lautet: Ein Rechtsmittel gegen das Erkenntniß über die Fortdauer oder über die Wiederaufhebung, beziehungsweise Abänderung des Arrestes hat keine aufschiebende Wirkung.

II. Zur Lehre vom Zeugenbeweise.

1) Der peinlich Angeklagte als Zeuge.

Die Beklagte und Productin hatte darauf angetragen, daß

---

5) Schmid: de arresti processu, 1816 p. 32, 33. Martin a. a. O. S. 34. Uebereinstimmend die particulare Gesetzgebung, z. B. die für die Stadt Frankfurt. Bender: Lehrbuch des Civilproceſſes der freien Stadt Frankfurt, 1837, S. 349.

ein vom Gegner vorgeschlagener Zeuge für unzulässig erachtet werde, weil er eines Verbrechens beschuldigt sei, und, weil in den vorderen Instanzen nicht nach diesem Antrage erkannt worden war, Oberberufung ergriffen, die indessen verworfen wurde: Allerdings erkläre das kanonische Recht — Cap. ult. X. de test. (2. 20) — den peinlich Angeklagten für unfähig, Zeuge zu sein, bis seine Unschuld ermittelt sei [6]). Daher erscheine die Einrede der Productin, daß der Zeuge wegen Theilnahme an dem betrügerischen Bankerott seines Sohnes in Untersuchung gestanden und sich darum in Haft befunden habe, nicht als rechtlich ungegründet; allein die Einrede sei illiquid, und so bleibe sie, unter Zulassung des Zeugen zur Abhör, dem Hauptverfahren vorbehalten. Die Productin hebe zwar hervor, daß statt dessen auf den Beweis der die Einrede tragenden Thatsache hätte erkannt werden sollen; allein solche Unzulässigkeitseinreden, darauf berechnet, das Fortschreiten des Beweisverfahrens zu hemmen, seien den prozeßhindernden Einreden gleich zu achten und daher nur insofern zu berücksichtigen, als sie Product durch Bescheinigung ins Licht stelle. Sonach erscheine Productin dadurch, daß die vorderen Gerichte die Abhör des Zeugen ungeachtet des Einwandes gegen seine Person für statthaft erkannt hätten, nicht als beschwert, zumal, da ihr in Bezug auf dessen Glaubwürdigkeit nichts abgesprochen worden sei und sie so alle ihre Einreden der Art noch im Hauptverfahren, dem sie angehörten, geltend machen dürfe, wenn diese auch nicht, wie es wohl hätte geschehen können und auch gebräuchlich sei, vorbehalten worden seien.

Erk. vom 2. October 1840 in Sachen des Eisenhändlers Netz in Darmstadt, Klägers und Producenten, gegen seine Ehefrau, Beklagte und Productin, Ehescheidung betr.

2) Abhör der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse auf einseitigen Antrag.

Die Klägerin hatte bei dem Mittelgericht darüber Beschwerde

---

6) Linde: Lehrbuch des Civilproceſſes §. 258. (Der Verfasser beschränkt die Vorschrift auf „die Ehrlosigkeit bewirkenden Verbrechen"). Martin a. a. O. Th. 2 S. 237. Wetzell: System des ordentl. Civilproceſſes, 1858, S. 130.

erhoben, daß das Untergericht dem Gesuch des Beklagten um Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse sofort Folge gegeben hatte, ohne sie (sie war zum Act der Venehmung der Zeugen geladen worden) vorher darüber zu hören. Das Mittelgericht verwarf diese Beschwerde auf Grund der Doctrin, welche die Einleitung eines solchen Verfahrens nicht für nöthig erachte [7]), und weil die Rechtsübung damit übereinstimme [8]). Auch das oberste Gericht verwarf die weitere Beschwerde, welche die Klägerin darum bei demselben erhob, indem sie sich dabei auf Claproth: Einleitung in den ordentlichen Prozeß, Th. 2, §. 300, die Abhandlung von Linde: „Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtnisse" im zweiten Band seiner Abhandlungen aus dem Civilprozesse S. 9, 10 [9]), und auf den Artikel: Beweis (von Jordan) im zweiten Band des Rechtslexicons S. 164 bezog.

Verfügung vom 10. Januar 1855 in Sachen der Wittwe Seitz in Darmstadt, Klägerin, gegen Bermann in Gießen, Beklagten, Ford. betr. [10]).

III. Zur Lehre vom Eid.

1) Repräsentation des Contradictors durch die Gesammtheit des Gläubigerausschusses im Fall der Eideszuschiebung an ihn (Ausschuß).

Zwei Liquidantinnen schoben dem Ausschusse der Concurs-

---

7) Bayer: Vorträge über den ordentlichen Proceß, achte Auflage S. 781.

8) Vgl. über die Geschichte dieser Praxis Malcomesius: Observationes practicae fori hassiaca, 1667, p. 79, 80. Obs. 41: In commissione ad perpetuam rei memoriam causa summaria inquisitio procedat.

9) Dazu S. 22, wo der Vgl. lehrt, daß nach kanonischem Rechte nur Vernehmung der Zeugen und Vorladung des Produkten dazu erforderlich sei.

10) Ein andere Verfügung des Tribunals, die Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse betreffend (Uebereinstimmung mit der Praxis des kurhessischen obersten Gerichts) im 11. Band des Seuffert'schen Archivs Nr. 307: Zeugenabhörung zum ewigen Gedächtniß. Der Unterrichter ist dazu befugt, auch wenn gegen sein Erkenntniß Berufung eingewendet worden ist.

gläubiger [11]) den Diffessionseid zu, der nach der Praxis des obersten Tribunals die Natur eines deferirten Eides an sich trägt. An dieses Tribunal erwuchs der Streit darüber, ob alle Mitglieder des Ausschusses verbunden seien, den angenommenen Eid abzuleisten. Diese Frage wurde bejaht. Die Praxis halte den Grundsatz fest, daß dem Contradictor mit Wirksamkeit der Haupteid zuzuschieben sei [12]). In dem vorliegenden Fall sei kein Contradictor bestellt worden, aber nach den Acten seien seine Functionen durch Beschluß der Gläubiger und mit Zustimmung des Gemeinschuldners auf den gewählten Ausschuß übergegangen. Sonach könne diesem der Eid zugeschoben werden. Nach den Grundsätzen des Prozeßrechts hätten alle Gegner den zugeschobenen Eid abzuleisten, und nur auf Grund besonderen Gesetzes, dann, wenn die Festhaltung der Regel zu Unzuträglichkeiten führe, mache sich eine Ausnahme geltend, welche hier keinen Raum finde. Weder die Gantmasse, noch die Gläubigerschaft trage nach richtiger, von der Rechtsübung des Tribunals adoptirter Ansicht die Eigenschaft einer juristischen Person an sich [13]), so daß auch der Ausschuß, dem man diese Eigenschaft vindiciren wolle, um daraus herzuleiten, daß nur drei Mitglieder nach Auswahl den Eid abzuleisten hätten, sie nicht an sich trage [14]). Auch der geltend gemachte Umstand, daß nach der

---

11) Bayer: Theorie des Concursprozesses, §. 41. Gensler im 2. Band dieses Archivs, S. 359.

12) Bayer: a. a. O. §. 62. Seufferts Archiv der Entscheidungen' Band 8, Nr. 325.

13) Gleiches lehrt Bayer a. a. O. §. 29 und Schweppe: System des Concurses der Gläubiger, dritte Aufl. §. 55, S. 100–102 gegen Kori: System des Concursprozesses, S. 48. Vergl. noch: Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg, Band 22, S. 1 ꝛc. 87 ꝛc. Sarwey: Ueber die rechtliche Stellung der Gemeinschaft der Gläubiger im Gante (Schletters Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft, Band 2/ 1857, S. 142). Der Artikel Concurs im 2. Band des Rechtslexicons, S. 803 ꝛc.

14) Von der Rechtsübung des Tribunals wird der Grundsatz getragen: Wenn die Streitgenossen keine Gemeinde oder eine sonstige moralische Person

ertheilten Instruction der Ausschuß völlig collegialisch organisirt erscheine, die Mitglieder nach Stimmenmehrheit beschlössen, erhebe nichts; Privatwille könne keine moralische Person erzeugen, dazu bedürfe es der Genehmigung der Staatsgewalt. Zwar könne man zugeben, daß, wenn die Instruction dem Ausschusse die Befugniß einräume, in jedem einzelnen Fall aus seiner Mitte einen Contradictor herauszuheben, die Liquidantinnen sich die Ableistung des Eides durch dieses eine Ausschußmitglied gefallen lassen müßten; allein davon schweige die Instruktion, welche vielmehr sichtbar die Contradictur dem ganzen Ausschusse zuweise, so daß die Liquidantinnen grade aus ihr das Verlangen herleiten könnten, daß derselbe in seiner Gesammtheit schwöre [15]).

---

bilden (wofür Streitgenossen an sich nicht angesehen werden) und der Streitgegenstand (das Object des gemeinsamen Interesses) theilbar ist, so müssen die Consorten männiglich schwören. Hiernach erkannte das Tribunal in Sachen der Frhrn. v. Riedesel zu Eisenbach gegen die Gemeinde Angersbach am 30. August 1827 unter Aufhebung des Urtheils voriger Instanz, welches Ersteren gestattete, den ihnen zugeschobenen Eid durch ein zu wählendes Mitglied der Familie abzuleisten, diese für schuldig, den Eid männiglich zu schwören, indem es jedoch den Abwesenden gestattete, daß der Act vor ihrer Obrigkeit vorgenommen werde. Vergl. ein Urtheil des O.-A.-G. in Rostock vom Jahr 1851 im 9. Band des Seuffert'schen Archivs Nr. 107: Ableistung eines mehreren Streitgenossen deferirten Eides durch einen aus ihrer Mitte.

15) Im Jahre 1837 erwuchs auf Anlaß einer Klage des curator ad lites einer Concursmasse gegen einen Schuldner derselben an das oberste Gericht die Frage, ob der Eid, welchen dieser zur Erbringung eines ihm auferlegten Beweises einer Einrede (die der Zahlung) zur Hand genommen hatte, von dem curator ad lites oder von den Gläubigern abzuleisten sei. Das Tribunal bestätigte durch Erkenntniß vom 13. October 1837 das reformirende Urtheil des Mittelgerichts, welches dahin erkannte, daß die klagende Masse schuldig sei, den ihr zugeschobenen, von ihrem curator ad lites angenommenen Eid durch solche Gläubiger, in der Zahl von mindestens drei, welche von den fraglichen Thatsachen die beste Kenntniß hätten, ausschwören zu lassen: Allerdings sei die Ansicht des Oberappellanten (des curator ad lites) daß die Gläubiger weder Eigenthümer der Masse seien, noch eine moralische Person darstellten, eine begründete. Allein daraus ließe sich die Folgerung nicht ableiten, welche er ziehe. Möchten auch die Ansichten über den rechtlichen Charakter der Gesammtheit der Gläubiger noch so getheilt sein —

Erk. vom 31. August 1853 in Sachen der Töchter des Raths Hofmann in Darmstadt, Liquidantinnen und Producentinnen, gegen dessen Concursmasse, Liquidatin und Productin, wegen mütterlichen Vermögens.

2) Verbindlichkeit des Contradictors zur Ableistung des Glaubenseides.

Ein Liquidant schob dem Contradictor den Haupteid auch de credulitate zu, wodurch an das oberste Gericht die Frage erwuchs, ob die Weigerung desselben, den Eid auch de credulitate abzuleisten, rechtlich begründet sei? Das Tribunal verneinte sie. Es nahm Bezug auf das Präjudiz Nro. 81 seiner gedruckten Sammlung:

---

eventuelles Eigenthum — Cession — allgemeines Pfandrecht — immer stimmten sie meist darin überein, daß das Vermögen des Gemeinschuldners mit der Eröffnung des Gants als gemeinsames Executionsobject auf die Gläubiger übergehe, daß ihnen unter richterlicher Auctorität alle zu ihrer Befriedigung erforderlichen Dispositionsbefugnisse zuständen, also die Befugniß, zu veräußern, sich zu vergleichen, Prozesse zu führen oder aufzugeben u. s. w. Die Gläubiger machten mithin auch bei gerichtlicher Verfolgung von Forderungen der Masse nur Gebrauch von einem Recht; sie seien die Prozeßherrn, sie seien activ legitimirt, sie müßten sich daher auf einen ihnen zugeschobenen Eid einlassen. Wenn Oberappellant hervorhebe, daß die Gläubiger keine moralische Person bildeten, als Einzelne ein gesondertes Interesse hätten, so sei dieses zwar im Allgemeinen richtig, aber nicht in der Anwendung auf den vorliegenden Fall. Die Gläubiger verfolgten namentlich bei Führung von Activprozessen ein gemeinsames Interesse, das der möglichsten Erhaltung und Vergrößerung der Masse, das Mittel ihrer Befriedigung; sie machten von den ihnen in ihrer Gesammtheit zustehenden Befugnissen Gebrauch; sie seien wahre Litisconsorten. Wenn aber selbst dann, wenn moralische Personen einen Rechtsstreit führten, sofern sie aus einzelnen schwurfähigen Mitgliedern bestünden, diesen, resp. ihren Schwurdeputirten, nicht aber den Vertretern oder Vorstehern als solchen die Ableistung des Schiedseides zukomme, so müsse dieses um so mehr dann stattfinden, wenn Einzelne lediglich für die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes, zu einer Partierolle vereinigt seien, weil hier der Antheil des Einzelnen am Rechtsstreit ein viel unmittelbarerer sei. Es lasse sich im Gegentheil noch fragen, ob sämmtliche Gläubiger zu schwören hätten; indessen lasse sich dahin antworten, daß die Analogie des bezüglich der Corporationen geltenden Rechtsgrundsatzes sich wegen Gleichheit des Grundes hier anwende. Gegenüber

Die Richtung des Eides auf den Glauben in Verbindung mit dem Eide vom Nichtwissen, ist nicht an sich unzulässig, und zwar ebenso wenig bei dem angetragenen, als bei dem nothwendigen Eide. (Erk. v. J. 1834).

Hiernach solle der concrete Fall entscheiden, ob der Eid auf das Glauben gerichtet werden könne; ein solcher Fall sei hier hervorgetreten. Man habe bezüglich der Zulässigkeit des Glaubenseides zunächst auf das Verhältniß des Rechtsnachfolgers und des Vertreters fremder Rechte gedacht; diesen gegenüber spreche vor-

---

dem aus der Ungewißheit der Richtigstellung der Ansprüche der einzelnen Liquidanten hergeleiteten Einwande komme in Betracht, daß jeder Gläubiger durch die Anmeldung seiner Forderung Theil an den Rechten sämmtlicher Creditoren nehme, obgleich, nach der Natur des Concursprozesses, diese Rechte nicht durch die Liquidität bedingt seien. Der aus der Verwicklung, welche aus der theilweisen Annahme, theilweisen Verweigerung des Eides erwachsen könne, hergeleitete Grund sei unerheblich, da ein solcher Umstand eine Abweichung von Rechtsgrundsätzen nicht rechtfertige, in dem gegebenen Fall auch die Ableistung des Eides Deputirten anheimfallen solle, also keine größeren Schwierigkeiten erwüchsen, als in andern Fällen, in denen diese Form hervortrete. Hiernach spreche kein Grund dafür, dem rechtsgelehrten Bevollmächtigten, welcher die Activprozesse der Masse führe, dem s. g. curator ad lites, einen andern Wirkungskreis einzuräumen, als jedem Anwalt. Dieser dürfe nicht mit dem Contradictor in gleiche Linie gestellt werden, der wohl auch curator ad lites genannt werde, aber nicht Anwalt der Massegläubiger sei, denen er gegenüber stehe und kein Einfluß auf seine Wahl zustehe; schwöre der Contradictor Schiedseide aus, so geschehe es darum, weil einer der Fälle vorliege, in denen der Vertreter zu handeln habe; der curator ad lites habe eine ganz verschiedene Stellung; er sei von den Gläubigern ganz abhängig, nur ihr Mandatar, und so fehle es an allem Anlasse, ihn statt derselben den Haupteid ableisten zu lassen. (Dies leide auch Anwendung auf den Güterpfleger, der ebenfalls von den Gläubigern abhängig, auch gemeinrechtlich nicht einmal eine wesentliche Person des Gantwesens sei). Auch die eventuelle zweite Beschwerde, darin bestehend, daß das Mittelgericht reformirend dahin erkannt habe, der von den Gläubigern abzuleistende Eid sei in Wahrheitsform, nicht blos über Nichtwissen und Nichtglauben auszuschwören, wurde vom Tribunal als ungegründet erachtet: Es handle sich von der Veräußerung eines Masseguts und der Frage, ob der Kaufschilling entrichtet sei, also von Thatsachen, von denen die Gläubiger oder ihr Ausschuß Kenntniß haben müßten, da es eine eigene Angelegenheit gelte; die Delaten müßten daher de veritate schwören, um so mehr, da sie Kläger seien, also

züglich die Billigkeit für Zulassung dieses Eides [16]), weil Deferent, in den meisten Fällen ohne seine Schuld, das Schicksal des Rechtsstreits von dem Eide eines Andern, als des ursprünglichen Gegners, abhängig machen müsse und der Schwörende durch seine Beziehungen sich zu verlässigen und sich dadurch eine Erkenntnißquelle zu öffnen habe.

Erk. vom 18. März 1846 in Sachen des Nicolaus Fey in Pfungstadt, Liquidanten, gegen die Concursmasse des Jakob Fey daselbst, Liquidatin, Ford. betr.

Vergl. Bayer: Theorie des Concursprozesses §. 62, Note 5: „Ein juramentum de credulitate kann von dem Contradictor nicht gefordert werden."

Der Art. 929 des Entwurfs der bürgerlichen Prozeßordnung enthält den Vorschlag: Ihm (dem Gantanwalt) kann der Eid zugeschoben werden, wenn die Erklärung desselben in einer verneinenden Einlassung bestand und sie in der Sache entscheidend ist. Erklärt sich der Gantanwalt nur bereit, sein Nichtwissen eidlich zu erhärten, so kann der Gläubiger, welcher ihm den Eid zugeschoben hat, verlangen, daß sich der Gantschuldner über die Annahme des Eides erkläre.

3) Eideszuschiebung über den Werth einer Sache, deren Zueignung zur Entschädigung verbindet.

Die Klägerin (eine Gemeinde), welche zu beweisen hatte, welchen Werth die Steine hätten, welche der Beklagte aus ihren Steinbrüchen genommen und verbaut hatte, schob demselben dar-

---

solche, die sich möglichst genaue Kenntniß von dem ihre Ansprüche tragenden Verhältnisse verschaffen müßten, denen daher am wenigsten etwaige Unwissenheit in ihren eigenen Angelegenheiten zum Vortheile erwachsen dürfe. L. 42 Dig. de reg. jur.

16) Stepf: Lehre vom Contradictor, §. 143, S. 219. Dr. Schäffer in seinem Beitrage zum ersten Band des Archivs für praktische Rechtswissenschaft: Ueber die Stellung des Contradictors im Concursprozesse, insbesondere dessen Verbindlichkeit, auf einen ihm angetragenen Schiedseid sich einzulassen, S. 55 des zweiten Hefts.

über den Haupteid zu. Der Beklagte ließ sich auf diese Eides-zuschiebung nicht ein, weil es sich von einem aus Schlußfolgerungen zu ziehenden Urtheile handle. Auch in letzter Instanz wurde die Eidesdelation für zulässig erachtet. Die Klägerin habe den Eid nicht allgemein über den Beweissatz zugeschoben, was unzulässig gewesen wäre, sondern, ganz abgesehen von der zu fixirenden Eidesformel und den dabei zu erörternden Momenten, darüber: ob die Steine in dem Bruch nicht einen Durchschnittswerth von drei bis 5 Gulden die Ruthe, oder wie viel weniger hätten. Die Klägerin habe dabei Auszüge aus ihren Gemeinderechnungen als Anhaltspunkte beigebracht, aus denen das Maß der Preise für aus dem Bruch verkaufte Steine zu ersehen sei, und sich zur Vorlegung dieser Rechnungen erboten. Dem Ermessen des Beklagten sei ganz überlassen, welchen Werth er dem Inhalt derselben zum Zweck seiner Belehrung beilegen wolle. Ebenso wenig sei ihm, wenn ihn die Würdigung aller sich darlegenden faktischen Umstände und die durch Einziehung von Erkundigungen ihm zugeführte Belehrung zur Annahme gänzlicher Werthlosigkeit der Steine führen sollte, versagt, dies durch Ableistung des Eides zu bekräftigen; er sei sonach verbunden, sich auf dessen Zuschiebung einzulassen.

Erk. vom 18. September 1851 in Sachen der Gemeinde Ruppertsburg, Klägerin, gegen den Grafen von Solms-Laubach, Beklagten, wegen Entschädigung.

4) Bedingungen der Zulässigkeit des Würderungseides.

In der in der vorigen Nummer gedachten Rechtssache (Gemeinde Ruppertsburg gegen den Grafen von Solms-Laubach) erhob sich die Frage, ob die Klägerin zur Erbringung jenes Beweises zum Würderungseid zuzulassen sei? Sie wurde von dem obersten Gericht verneint: Die Frage, wann der Beweisführer zum Würderungseid zuzulassen sei, wird von der gemeinen Meinung dahin beantwortet, daß dann, wenn Jemand durch dolus oder culpa lata Schaden erlitten hat, er auf Erbieten zur eidlichen Fixirung des erlittenen Schadens zuzulassen

sei [17]). In neuerer Zeit ist indessen von Vangerow: Leitfaden für Pandektenvorlesungen I. S. 198 ꝛc. und Schröter im siebenten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß S. 356 ꝛc. die Frage einer Revision unterworfen worden, deren Ergebniß dahin geht, daß bei actiones arbitrariae oder actiones bonae fidei, welche auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, der Würderungseid nur dann zulässig sei, wenn der dazu angehaltene Beklagte dem Urtheil entweder aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder vermöge seines dolus oder seiner culpa lata nicht nachkommen kann, bei den actiones stricti juris dagegen, namentlich auch bei der actio legis aquiliae [18]) nur dann, wenn dem Richter die litis aestimatio unmöglich sei, etwa darum, weil der Streitgegenstand nicht mehr existirt, und wenn diese Unmöglichkeit durch eine culpa des Beklagten herbeigeführt sei, daß übrigens in diesem Fall der Würderungseid nur als subsidiäres Beweismittel zugelassen werden könne. Das Tribunal hat sich indessen durch das Präjudiz Nr. 13 der gedruckten Sammlung:

> Der Würderungseid ist, um die Größe eines dolo oder culpa lata zugefügten Schadens zu erweisen, nur subsidiär, für den Fall, zulässig, wenn jener Beweis nicht auf andere Art hergestellt werden kann (Bescheid vom 10. Juli 1829 in Sachen der Anna Maria Löwer in Brandau, gegen Joh. Philipp Lautenschläger von Wersau, Eheverlöbniß und desfallsige Entschädigung betreffend).

für die gemeine Meinung entschieden, und so bedarf es um so weniger einer Erörterung jener Streitfrage, da selbst nach dieser dem ausgedehntesten Gebrauch jenes Eides günstigen Doctrin dieser hier keinen Raum findet. Denn damit von einem dolo

---

17) Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen Th. 1. II. Vom Beweise des Schadens S. 27 Rechtslexikon, Bd. 3, Artikel Eid, S. 655, 656. Martin a. a. O. Th. 2, S: 50, 51. Wetzell a. a. O. S. 179 — 181. Schröter, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Band 7, S. 356 ꝛc., B. 8, S. 159 ꝛc.

18) Seufferts Archiv der Entscheidungen Bd. 11, Nr. 152: Würdungseid bei der Klage aus dem aquilischen Gesetz. (Erk. des OAG. in Wolfenbüttel v. J. 1850).

oder culpa lata zugefügten Schaden die Rede sein kann, genügt es nicht, daß dessen Zufügung einen objectiv widerrechtlichen Charakter an sich trägt; es bedarf der Erkennbarkeit einer Schuld, welche sich unter den Begriff des dolus oder culpa lata [19]) stellt. Nun hat aber der Beklagte eine solche Schuld in Abrede gestellt, behauptend, daß die Hinwegnahme jener Steine ohne Widerspruch der Klägerin erfolgt sei, diese also schweigend ihre Einwilligung ertheilt habe, er sich auch außerdem als zur Benutzung der Steinbrüche berechtigt erachtet hätte, weil er als Eigenthümer von der Gemarkung der klägerischen Gemeinde angehörenden Immobilien zu den Lasten der Gemeinde beizutragen habe. Durch früheres Erkenntniß sind diese Einreden als zur Elidirung der Klage nicht geeignet verworfen worden; allein eben aus dieser Verwerfung geht hervor, daß das in der Wegnahme der Steine liegende objective Unrecht allein in Betracht gezogen, von der Prüfung der subjectiven Verschuldung Umgang genommen wurde. Hiervon abgesehen, kommt in Betracht, daß der Würderungseid nur subsidiär ist, es aber nicht erhellt, daß die Klägerin wegen Mangels an Beweismitteln auf diesen Eid beschränkt sei [20]). Der Steinbruch besteht noch gleich den Gebäuden, wozu er die Steine lieferte. Daher läßt sich noch jetzt die Beschaffenheit und der Werth dieses Baumaterials durch Abschätzung ermitteln, und hat Klägerin die Benutzung dieses Beweismittels unterlassen, so kann sie aus dieser Nachlässigkeit keinen Vortheil herleiten.

---

19) Daß culpa levis nicht genüge, ist Praxis z. B. im Würtembergischen. Richter: Aufsätze gezogen aus Civilrechtssprüchen der höheren Gerichte des Königreichs Würtemberg, 1834 S. 21. Vgl. noch: Tafel, Civilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg Th. 3, S. 109.

20) Schneider: Lehre vom Beweise, herausgegeben von Hofmann 1842, §. 408, S. 242. Der Art. 661 des Entwurfs der Proceßordnung lautet: Ist sowohl das Vorhandensein eines Schadens, als die Verpflichtung einer Parthei zu dessen Ersatze gewiß, aber der Betrag des Schadens aus Gründen, die in der Sache selbst liegen, durch die gewöhnlichen Beweismittel gar nicht, oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten nachzuweisen, so kann der Beschädigte verlangen, zu eidlicher Angabe des Werthes zugelassen zu werden ꝛc.

Erk. vom 11. Januar 1850, wodurch der von der Klägerin angebotene Würderungseid für unzulässig erachtet, ihr jedoch freigestellt wurde, von der Eideszuschiebung Gebrauch zu machen.

Vgl. Seufferts Archiv, Band 1, Nr. 378: Unzulässigkeit des Würderungseides, wenn mit der actio emti auf das Interesse geklagt wurde (Erk. des O.-A.-G. in Celle v. J. 1844), Band 9, Nr. 349: Eid des Beschädigten zur Feststellung des Schadensbetrages (Erk. des O.-A.-Gs. in Wolfenbüttel v. J. 1853) Flach: Entscheidungen des O.-A.-Gs. in Wiesbaden, Th. 2, Nr. VI: Wann findet der Würderungseid statt?

5) Ableistung des Haupteides vor dem Gericht des Wohnorts des Delaten, statt vor dem Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist: Caution wegen der dadurch dem Deferenten erwachsenden Kosten.

Während eines Rechtsstreits wanderte der Beklagte aus dem Großherzogthum Hessen nach Nordamerika aus, indem er sich in Baltimore niederließ. Den ihm vom Kläger zugeschobenen Eid nahm er an, sich bereit erklärend, ihn in seinem neuen Wohnort vor der dortigen Gerichtsbehörde, welche dazu zu requiriren sei, abzuleisten. Kläger bestand dagegen darauf, daß der Beklagte den Eid vor dem Gericht ablege, bei welchem der Rechtsstreit anhängig sei, wurde aber mit diesem Verlangen zurückgewiesen, zuletzt auch von dem obersten Gericht, und zwar darum: Allerdings sei der Haupteid vor dem Gericht abzuleisten, bei welchem der Rechtsstreit anhängig sei; die Gesetze

L. 15 Dig. de jurejur. (12. 2).

L. 2, §. 1, Cod. de jurejur. propter calum (2. 59)

gestatteten aber Ausnahmen, und die Praxis gehe aus Gründen der Billigkeit davon aus, daß, wenn ein streitender Theil fern von dem Gerichtssitze wohne, ihm gestattet sei, den Haupteid vor dem Gericht seines Wohnorts abzuleisten. Wenn Kläger hervorhebe, daß die amerikanischen Gerichte Requisitionen nicht beachteten, so rechtfertige kein Grund diese Besorgniß, zumal, wenn die Requisition auf dem diplomatischen Wege erfolge. Sollte

derselben nicht entsprochen werden, so habe das Erkenntniß erster Instanz, Vorsehung treffend, ausgesprochen, daß Kläger alsdann die Ableistung des Eides vor dem Gericht, bei welchem die Rechtssache anhängig sei, verlangen könne. Wenn Kläger behaupte, es werde schwer halten, daß er einen Bevollmächtigten gewönne, der ihn bei dem Act der Eidesleistung vertrete, so werde diese Behauptung widerlegt durch die Betrachtung der Stufe der Civilisation, welche die nordamerikanischen Freistaaten einnähmen. Wenn Kläger einwende, der Bevollmächtigte müsse mit der Beschaffenheit des Rechts, von dem es sich handle, mit der Individualität des Rechtsstreits vertraut sein, so sei zu erwidern, es sei seine Sache, denselben zu instruiren.

Kläger hatte verlangt, daß, wenn der Eid in dem neuen Wohnorte des Beklagten, in Baltimore, abgeleistet werden sollte, derselbe Caution wegen der ihm (Klägern) dadurch erwachsenden Kosten leisten solle, und erhob auch darum Beschwerde bei dem obersten Gericht, weil nicht diesem seinem Antrage entsprochen worden sei. Auch diese Beschwerde wurde verworfen, weil kein gesetzlicher Grund zur Leistung einer Caution der Art vorliege.

Dahin gestellt blieb die Frage, wer die durch die Eidesleistung am neuen Wohnort des Beklagten entstehenden Kosten zu tragen habe [21]).

Erk. vom 4. December 1841 in Sachen des Barons von Bostel zu Wetzlar, nun dessen Erben, Kläger, gegen Oeconomen Christian Silbereisen auf dem Haardthofe bei Gießen, nun zu Baltimore in Nordamerika, Beklagten, wegen Kaufschillings.

Entgegengesetzt ein Erkenntniß des kurhessischen obersten Gerichts aus dem Jahr 1854, mitgetheilt im vierten Band der Häuser'schen Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kur-

---

21) Der Art. 633 des Entwurfs der Proceßordnung geht dahin: „Ist der Aufenthaltsort desjenigen, der den Eid leisten soll, weit von dem Sitze des Gerichts entfernt, so kann ihm auf Verlangen gestattet werden, den Eid bei dem Gericht seines Wohnorts zu leisten. In einem solchen Fall hat die unterliegende Partei auch die Kosten zu tragen, beziehungsweise zu ersetzen, welche dadurch entstehen, daß die Gegenpartei selbst oder ein Bevollmächtigter derselben der Eidesleistung beiwohnt."

heſſen, 1857, S. 43, 44.. Es reformirte dahin, daß der dem Widerbeklagten (der ebenfalls in Baltimore wohnen wollte), obliegende Schiedseid von demſelben am (kurheſſiſchen) Gericht des verhandelten Streits abzuleiſten ſei. Zwar könne nach richterlichem Ermeſſen ausnahmsweiſe der Schwurpflichtige zur Ausſchwörung des Eides vor dem Gericht ſeines auswärtigen Wohnorts zugelaſſen werden, jedoch nur unter der Vorausſetzung, daß die Rechte des Gegners weder beeinträchtigt, noch deren Ausübung unverhältnißmäßig erſchwert werde. Dies würde hier der Fall ſein, da, wenn die Widerklägerin auch ihre rechtlichen Intereſſen bei dem Act der Eidesableiſtung an ſich durch einen Bevollmächtigten zu wahren im Stande ſein ſollte, dem Eingehen hierauf doch, auch abgeſehen von dem etwaigen Bedenken, ob in ſolcher Form eine Recognition des Schwurpflichtigen durch einen Bevollmächtigten mit Sicherheit ohne Weiteres anzunehmen ſei, zunächſt der Umſtand entgegenſtehe, es erhelle nicht einmal aus den Acten, daß Widerbeklagter ſeinen Wohnort oder doch bleibenden Aufenthalt zu Baltimore genommen habe ꝛc.

6) Bedingung der Befugniß des Delaten, den Eid in ſeiner Wohnung abzuleiſten.

Da Eidesabnahmen in der Regel am Gerichtsſitze vorzunehmen ſind [22]), ſo iſt dem Verlangen des Herrn Beklagten, den ihm obliegenden Eid in ſeiner Wohnung ableiſten zu dürfen, ſofern es nicht auf beſonderen, ihn an dem Erſcheinen vor Gericht verhindernden Gründen geſtützt und dafür genügende Beſcheinigung beigebracht werden ſollte, nur dann Folge zu geben, wenn er ſich bereit erklärt, die durch die Eidesabnahme in ſeiner Wohnung veranlaßten beſonderen Koſten zu übernehmen und von Seiten ſeines Gegners kein Widerſpruch erfolgt.

Reſcript vom 4. Juli 1849 in Sachen des Jägers Schmidt

---

22) Schneider, Lehre vom Beweiſe, herausgegeben von Hofmann, 1842, §. 485, S. 279. Particulargeſetze fixiren die Ausnahme. Nach würtembergiſchen Proceßrecht ſind nur Grafen und Fürſten befugt, zu verlangen, daß ihnen der Eid in ihrer Wohnung abgenommen wird. Schütz: der würtembergiſche Civilproceß, 1834, S. 338.

in Seligenstadt, Klägers, gegen den Grafen von Leiningen-Westerburg auf Ilbenstadt, Beklagten, wegen Erfüllung eines Dienstvertrags.

Strenger sind einzelne Gesetzgebungen. Nach preußischem Prozeßrechte kann nur dann, wenn Krankheit, hohes Alter oder andere persönliche Ehehaften abhalten, der Richter durch einen Commissarius den Eid in der Behausung des Verhinderten abnehmen lassen.

Alker: Der preußische Civilprozeß, 1846, S. 241.

Der Art. 632 des Entwurfs der Prozeßordnung hat die Fassung: Die Eidesleistung muß in der Regel im Gerichte geschehen. Ausnahmsweise hat solche auf Antrag dessen, der schwören soll, in der Wohnung desselben Statt zu finden, wenn er wegen Kränklichkeit oder Gebrechlichkeit vor Gericht zu erscheinen außer Stand ist, oder wenn das Gericht aus besonderen Gründen dieses anordnet.

IV. Zur Lehre von den Rechtsmitteln.

1) Contradictorische Verhandlung die Bedingung der Eigenschaft eines richterlichen Erlasses als der Rechtskraft fähige Sentenz.

Das in erster Instanz competente Mittelgericht (Hofgericht) verfügte am 2. August 1848 auf Grund des Partikulargesetzes, demzufolge eine Frist von vier Wochen, als die Ordnungsfrist betrachtet werden, aber gestattet sein soll, „in summarischen Sachen die Fristen zu beschränken" eine protokollarische Verhandlung vor dem Commissär über die erhobene Klage. Der Beklagte verwahrte sich gegen diese Verfügung, indem er die Regel des Gesetzes ansprach, vermöge welcher ihm jene Ordnungsfrist einzuräumen sei, da die Sache nicht als eine summarisch zu behandelnde erscheine. Der Gerichtshof verwarf durch Verfügung vom 9. desselben Monats diese „Protestation", worauf der Beklagte hiergegen die Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde einwendete. Die Einführung dieser Rechtsmittel bei dem obersten Gericht veranlaßte folgende Entschließung desselben: In Erwägung, daß richterliche Verfügungen nur dann den Charakter

wahrer, der Rechtskraft fähiger Sentenzen annehmen, wenn sie einen Ausspruch über bestrittene contradictorisch verhandelte Punkte enthalten, daß dagegen die angefochtene hofgerichtliche Verfügung der Kategorie solcher Sentenzen nicht angehört, weil sie sich darauf beschränkt, die gegen die Anordnung eines mit abgekürzten Fristen verbundenen protokollarischen Verfahrens erhobene Protestation zu verwerfen, mithin blos einen Act der Prozeßleitung in sich schließt, daß hiernach die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines ordentlichen Rechtsmittels nicht vorhanden sind, werden die gegen jene Verfügung eingeführten Rechtsmittel um so mehr als unstatthaft verworfen, da unter den vorliegenden Verhältnissen die Einleitung eines summarischen Verfahrens als gerechtfertigt erscheint.

Verfügung vom 19. Aug. 1845 in Sachen des Metzgers Appel in Darmstadt, Kläger, gegen Accessisten Dr. Blösinger daselbst, Beklagten, wegen Räumung einer Wohnung.

Vgl. Römer: Sammlung der Entscheidungen des Ober-Apell.-Ger. in Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, Bd. I, 1854, Nr. 27, S. 61—63.

2) Berechnung der Verlustgelder.

Nach der Gesetzgebung im Großherzogthum Hessen muß die oberappellabele Summe wenigstens 400 Gulden betragen. Sie kennt auch das Institut der Verlustgelder [23]) bei Oberappellationen und verordnet, daß diese „bei der geringsten appellabelen Summe von 400 Gulden auf 30 Gulden und für jede weitere 100 Gulden auf weitere 5 Gulden, niemals aber höher, als auf 100 Gulden zu bestimmen seien". Eine Beschwerde des Beklagten und Oberappellanten bei dem obersten Gericht wegen zu hohen Ansatzes der Verlustgelder (95 Gulden) veranlaßte einem Bericht des Mittelgerichts darüber, worin es hervorhob: Es müsse zur Rechtfertigung seiner Verfügung bemerken, daß es die Verlustgelder nach der Summe von 1742 Gulden

23) Dieses Archiv, Bd. 5 S. 121 ꝛc. Götz: Ueber die Rechtmäßigkeit der Succumbenzgelder. Wetzell a. a. O. S. 206.

berechnet habe, weil auf Bezahlung dieser Summe gegen Uebernahme der fraglichen Waaren der durch die Klage verfolgte Anspruch gerichtet sei und auf diesen Anspruch sich der Incidentstreit über ein Beweisverfahren zum ewigen Gedächtnisse, in welchem das angeblich gravirende Urtheil erlassen worden, beziehe, und keine Norm bestehe, der zu Folge, wenn der Anspruch in einer bestimmten Größe erhelle, bei Ansetzung der Verlustgelder 1) zu unterscheiden wäre, in welchem Stadium des Prozesses, ob namentlich in dem Streite über die Hauptsache, oder in einem auf dasselbe Object bezüglichen Incidentstreit die Sache in die höhere Instanz gebracht werden solle, oder wonach 2), wenn es, wie hier, sich in der Hauptsache von der Bezahlung eines in der Klage bestimmt angegebenen Kaufpreises handelt, nicht nach diesem, sondern nach dem von Amts wegen zu ermittelnden wahren Werth der Kaufobjecte die Verlustgelder zu berechnen seien.

Mit Bezugnahme auf diese Gründe verwarf das oberste Gericht die Beschwerde.

Verfügung vom 21. August 1841 in Sachen des Kaufmanns J. B. Müller in Bensheim, Kläger, gegen Kaufmann Joh. Müller daselbst, Beklagten, wegen Vertragserfüllung.

3) Suspensiveffect des Rechtsmittels gegen ein eine provisorische Verfügung treffendes Erkenntniß, wenn keine Gefahr droht, zu deren Abwendung dessen Vollstreckung nothwendig ist [24]).

In einem Ehescheidungsprozesse, worin der Ehemann Kläger war, und es sich zunächst von der Anordnung eines Provisoriums handelte, erkannte auf Imploration der Ehefrau das Gericht dahin, ihr Ehemann sei verbunden, eine Aufnahme des zur Zeit des Vollzugs der provisorischen Ehetrennung im Besitze beider Eheleute befindlich gewesenen Vermögens vernehmen zu lassen. Auf Berufung desselben, welcher das Gericht erster Instanz in einem Dekret Suspensiveffect zugestand, bestätigte das Mittelgericht, indem es gleichzeitig dem Untergericht reskribirte, es habe

24) Martin a. a. O. Th. 2, S. 440.

in Betracht, daß den Rechtsmitteln gegen provisorische Verfügungen der Doctrin nach kein Suspensivefect eingeräumt werden könne, indem sonst der Zweck geradezu verfehlt werden würde, der gegen sein (des Untergerichts) Dekret gerichteten außergerichtlichen Beschwerde der Appellatin Folge gegeben und weise es hiernach an, die durch sein Urtheil angeordnete provisorische Verfügung in Vollzug zu setzen. Auf außergerichtliche Beschwerde des Appellanten, der zugleich die Oberberufung zur Hand nahm, rescribirte das oberste Gericht dem Mittelgericht: Der Querulatin droht nach Lage der Sache keine Gefahr, zu deren Abwendung die sofortige Vollstreckung des unterrichterlichen, von Ihnen bestätigten Erkenntnisses als nothwendig erscheint. Wir weisen Sie an, dem von dem Querulanten an uns ergriffenen Rechtsmittel den Suspensiveffect zu gestatten [25]).

Verfügung vom 22. Juli 1837 in Sachen des Eisenhändlers Netz in Darmstadt, Klägers, gegen seine Ehefrau, Beklagte, Ehescheidung betreffend.

4) Ausnahme von der Regel des Suspensiveffects eines Rechtsmittels.

Ein Kaufmann verkief sein Waarenlager ad mensuram und stellte, als der von ihm auf Zahlung des Kaufgeldes belangte Käufer Einwand vorbrachte, den Antrag, daß zur Ermittelung des dermaligen Zustandes der Waaren, diese durch Sachverständige besichtigt würden [26]). Das Gericht erkannte diesem Antrag entsprechend, obgleich der Beklagte ihn bekämpfte, und verband damit die Vollstreckung des Erkenntnisses, ohne die

---

25) Der Art. 1160 des Entwurfs der Proceßordnung will: Ausnahmsweise findet die provisorische Vollstreckung des Erkenntnisses, der angemeldeten Appellation ungeachtet, statt, und wird vom urtheilenden Richter verfügt: 1) wenn die darum nachsuchende Partei die in anderer Weise nicht abzuwendende Gefahr eines unersetzlich oder schwer zu ersetzenden Schadens, der für sie aus dem Aufschub der Vollstreckung zu entstehen droht, anführt und bescheinigt ꝛc.

26) Mein Beitrag zum 17. Band der neuen Folge der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß: Zur Praxis der Lehre vom Beweise durch Sachverständige im Civilprocesse S. 86.

Einwendung der Berufung von Seiten desselben zu beachten. Eine dagegen auch an das oberste Gericht gerichtete außergerichtliche Beschwerde des Beklagten wurde von demselben verworfen, im Wesentlichen darum: Zwar kann nur ausnahmsweise einem Rechtsmittel der Suspensiveffect versagt werden. Eine solche Ausnahme ist aber hier erkennbar, indem auf der einen Seite, der Natur der Verhältnisse nach, die weitere Verschiebung jenes Acts der Besichtigung der Waaren den Kläger mit einem unersetzlichen Schaden bedroht, auf der andern Seite aber die Vornahme dieses den Rechten der Partien ohnehin allseitig unpräjudicirlichen Acts keinen beachtenswerthen Nachtheil zur Folge haben kann [27]). Als einen solchen Nachtheil kann Beschwerdeführer selbst nur den Umstand bezeichnen, daß seinem Gegner durch den Act ein Beweismittel erwachse, in Folge dessen er keinen Grund mehr habe, für die Aufbewahrung der Waare Sorge zu tragen. Dieses Vorbringen ist indessen von keinem rechtlichen Belang, da nicht abzusehen ist, wie sich Kläger, sollte ihm überhaupt eine Fürsorge für die Conservation der Waaren obliegen, durch jenen Act bewogen sehen sollte, sich ihr zu entziehen, durch ihn jedenfalls seine Befreiung von der ihm etwa obliegenden Verpflichtung nicht bewirkt wird und es außerdem dem Beklagten freisteht, das Erforderliche dafür einzuleiten, daß der Zustand der Waaren nicht verändert werde, sich dadurch gegen die Nachtheile zu schützen, von welchen er sich bei Unterlassung der Fürsorge für dieselben von Seiten seines Gegners für den Fall seines Unterliegens in der Hauptsache bedroht sehen will.

Verfügung vom 20. September 1840 in der vorhin unter 2 gedachten Rechtssache (Müller gegen Müller).

---

27) Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln, Th. 2, 1840 §. 179: Fälle, in welchen der Suspensiveffekt nicht eintritt. Bayer: Vorträge über den ordentlichen Civilproceß 8. Aufl. 1856 S. 1060.

5) Außergerichtliche Beschwerde, gegen ein Contumacial-Urtheil mittelbar gerichtet [28]).

Die Beklagte wurde, weil sie in dem peremtorischen Termin zur Erklärung auf die Klage nicht erschienen war, von dem Gericht nach Erlassung des Präclusivdekrets und Verwerfung eines Restitutionsgesuchs in contumuciam verurtheilt. Sie ergriff gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde und verband damit eine außergerichtliche Beschwerde wegen Verwerfung des Restitutionsgesuchs. Das Mittelgericht verwarf in Form eines Erkenntnisses die Rechtsmittel und die Beschwerde, worauf sich die Beklagte mit einer außergerichtlichen Beschwerde an das oberste Gericht wendete, welches ihr abhalf. Es erkannte an, daß den Umständen nach (wegen eines Mangels bezüglich der Insinuation und Krankheit der Beklagten) eine Versäumung, wenigstens eine schuldvolle, nicht vorliege und eine außergerichtliche Beschwerde formell zulässig sei, erachtete sie als begründet und hob das Erkenntniß des Mittelgerichts, sowie das Präclusivdekret und so durch dessen Beseitigung auch das darauf gebaute Ungehorsamserkenntniß des Gerichts erster Instanz auf, verfügend, daß die Beklagte mit ihrer Erklärung auf die Klage zu hören sei.

Rescript vom 20. Juli 1839 in Sachen der Maria Kohnes zu Oberklingen, Klägerin, gegen Jakob Erdmanns Wittwe, nun deren Erben, in Umstadt, Beklagte, Verläumdung und Liedlohn betreffend.

6) Anfechtung des richterlichen Erlasses, wodurch der formelle Concurs erkannt wurde, durch ein Rechtsmittel [29]).

Nach der Gesetzgebung im Großherzogthum Hessen diesseits

---

28) Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 1. 1831 S. 201. Schmid: Handbuch des Processes Bd. 3. S. 372, 373. Bolgiano: Vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und bayerischen Civilprocesses. Erste Abheil. 1854 S. 80 — 86. Runde im dritten Bande des Archivs des im Großh. Oldenburg geltenden Rechts, 1847 S. 165 ꝛc.

29) Reinhardt: Die Lehre vom Gant 1819 §. 51, S. 109.

des Rheins hat das Mittelgericht darüber zu erkennen, ob formeller Concurs vorliege [30]). Gegen ein solches die Frage bejahendes Erkenntniß führte der Gemeinschuldner bei dem obersten Gericht das Rechtsmittel der Berufung mit der Bitte um Anberaumung einer Frist zu dessen Rechtfertigung ein. Dieses verfügte aber, daß dieses Gesuch schon darum zur Willfahrung rechtlich nicht geeignet erscheine, weil nach der von dem obersten Gerichtshofe festgehaltenen Ansicht gegen richterliche Verfügungen, welche lediglich eine formelle Erkennung des Concurses zum Gegenstand haben, der Gebrauch eigentlicher Rechtsmittel im engeren Sinne des Wortes nicht statthaft sei, dergleichen Verfügungen vielmehr, in welcher Fassung sie auch erlassen werden, im Wege einfacher Remonstration oder außergerichtlicher Beschwerde anzufechten seien.

Verfügung vom 29. Mai 1844, betreffend den Concurs des Matthias Feigel in Bensheim.

7) Nichtverbindlichkeit des Appellanten, dem Appellaten die Beschwerde mitzutheilen.

Ein Anwalt ergriff für seinen Mandanten gegen das Erkenntniß des Untergerichts Berufung an das Mittelgericht. Der Anwalt des Appellaten erklärte nach Mittheilung des Appellationslibills, daß er die zweite Beschwerde nachgebe, hinzufügend, in dieser Absicht habe er, sobald ihm das untergerichtliche Urtheil zugekommen sei, den Anwalt des Appellanten um außergerichtliche Angabe der etwa von ihm dagegen zu erhebenden Beschwerden zu dem Zwecke gebeten, um mit sich zu Rathe zu gehen, ob er sie nachgeben wolle; da ihm nun keine Antwort zugekommen sei, so müßten die Kosten der Erhebung dieser zweiten Beschwerde dem Appellanten zur Last fallen. Vernommen, erklärte der Anwalt des Appellanten, er habe sich zu keiner Antwort verbunden erachtet, vielmehr erwarten müssen, Appellat werde erklären, er gebe nach, daß das Urtheil in der und der

30) Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Schletter, Bd. 1. Erl. 1855, S. 295.

Beziehung abgeändert werde. Das Mittelgericht reformirte, die erste Beschwerde verwerfend, bezüglich der zweiten, verurtheilte den Appellanten in die Kosten der Berufungsinstanz wegen jener Nachgabe von Seiten des Appellaten, und gab dem Anwalt des Appellanten sein Mißfallen wegen der von ihm veranlaßten unnöthigen Kosten und Arbeiten zu erkennen. Dieser wendete sich nach vergeblichem Versuche der Bewirkung der Zurückziehung dieses Verweises mit Beschwerde an das oberste Gericht, welches dem Mittelgericht rescribirte: Wir vermögen uns von der Richtigkeit des von Ihnen adoptirten Grundsatzes, daß der Anwalt einer appellirenden Partei dem Sachwalter seines Gegners die Beschwerden, welche er gegen das unterrichterliche Erkenntniß zu richten beabsichtigt, zu dem Zweck, damit Letzterer solche, wenn er wolle, in Güte nachgeben könne, auf Verlangen mitzutheilen verbunden sei, nicht zu überzeugen. Denn es handelt sich hier nicht von Kenntnißgebung der eingeklagten Forderung an den Beklagten vor dem Beginne des Prozesses, sondern von der Art der Rechtsvertheidigung oder der Prozeßführung, welche keine Partei der andern im Voraus zu eröffnen verbunden ist. Glaubt Appellat, daß gegen das unterrichtliche Erkenntniß gegründete Beschwerden erhoben werden können, und will er den Nachtheilen entgehen, die ihn bedrohen, so liegt es ihm ob, dem Appellanten speciell die Punkte zu bezeichnen, hinsichtlich welcher er von jenem Erkenntnisse keinen Gebrauch machen will. Sonach war der ertheilte Verweis nicht verdient, was wir, der Beschwerde stattgebend, hiermit aussprechen.

Rescript vom 8. November 1832.

8) Rechtshilfe gegen ein Contumacial-Urtheil wegen dessen Iniquität.

In dem zur Erklärung auf die Klage anberaumten Termin erschien der Beklagte und überreichte ein von seinem Anwalt verfaßtes s. g. dictamen ad protocollum, welches die Beantwortung der Klage enthalte [31]); es wurde aber nicht angenommen, weil es

31) Der Fall erinnert an den im 4. Band des Seuffert'schen Archivs Nr. 156 mitgetheilten (Erk. des OAG. in Lübeck v. J. 1826. Es handelte sich von der Frage, ob der als contumax erscheine, der in Person hätte er erscheinen müssen, aber seinen Anwalt sendete.

nicht, der Vorschrift entsprechend, auf Stempelpapier geschrieben sei. Dem Beklagten wurde eröffnet, daß er als contumax angesehen werden würde, wenn er nicht innerhalb zwei Stunden seine Erklärung abgeben und wenn Kläger dann anrufen werde. Da Ersteres nicht geschah und Kläger nachher um Erlassung des Contumacial-Erkenntnisses bat, wurde dasselbe sofort erlassen. Nach Ablauf der Nothfrist bat Beklagter das Gericht, ihn gegen dieses Urtheil in den vorigen Stand wieder einzusetzen; er stützte dieses Gesuch darauf, daß er nicht als contumax hätte angesehen werden dürfen. Das Gericht verwarf das Gesuch. Das Mittelgericht reformirte aber gegen den Antrag der beiden Referenten, welche das Gesuch als unbegründet erachteten, dahin, daß Restitution zu ertheilen und Beklagter noch zu hören sei. Das oberste Gericht [32]) stellte das Urtheil erster Instanz wieder her: Der Beklagte stütze sein Restitutionsgesuch darauf, daß er mit Unrecht als ungehorsam behandelt worden sei. Allein hierin liege lediglich die Behauptung einer Rechtsverletzung, kein Grund zur Restitution, welchen die Gesetze neben der Verletzung verlangten. Gegen die angebliche Rechtsverletzung sei ihm Rechtshülfe gestattet gewesen, indem er ein ordentliches Rechtsmittel hätte ergreifen können, und so erscheine die Nichtergreifung desselben als eigene Schuld, die keine Restitution zulasse. In voriger Instanz habe Beklagter zwar auf den Grundsatz hingedeutet: contumax non appellat, und allerdings sei derselbe in seiner

---

32) Der Correferent kritisirte, wohl mit vollem Grund, das Verhalten des Gerichs erster Instanz: Es wäre dazu aufgefordert gewesen, dem Beklagten das dictamen ad prot. darum, weil es auf ungestempeltem Papier geschrieben, nicht ohne Weiteres zurückzugeben; es hätte ihm billig zur Beilegung des erforderlichen Stempelpapiers (wozu er, wenn dieß verlangt worden wäre, sich gern verstanden haben würde, was auch das Gericht in seinem Bericht als zweifellos angesehen habe) anweisen müssen; wenigstens hätte er demselben nicht die Frist zur Abgabe seiner Erklärung auf einige Stunden beschränken und ihn so außer Stand setzen sollen, sich zuvor bei seinem Anwalt Rath zu erholen. Der Beklagte habe daher Grund, sich für beschwert zu erachten. Freilich hätte er gegen den harten Contumatialbescheid ein ordentliches Rechtsmittel ergreifen müssen, statt sich des Mißgriffs schuldig zu machen, gegen denselben ein Restitutionsgesuch zu richten.

Allgemeinheit vertheidigt worden; allein er werde in seiner Unbeschränktheit in richtiger Würdigung der Gesetze von den bewährtesten Publicisten bestritten.

Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln Th. 1, §. 56 [33])

und auch von dem Tribunal nicht anerkannt. Zudem dränge sich die Betrachtung auf, daß, hätte der Richter erster Instanz dem Restitutionsgesuch Raum geben wollen, er in der Lage gewesen sein würde, seine eigene Fehlsicht zu verurtheilen, sein eigenes Urtheil als sententia iniqua aufzuheben [34]).

Erk. vom 27. Januar 1847 in Sachen des A. Schmidt zu Hochweisel, Klägers, gegen Konrad Born in Ostheim, Beklagten, wegen Solennisirung eines Kaufvertrags.

Nach der Rechtssprechung des kurhessischen Oberappellationsgerichts steht dem, wider welchen ein Contumacial-Erkenntniß erlassen wurde, die Wahl frei, gegen es zu appelliren, indem dann die Darlegung des Mangels des Ungehorsams, eines richtigen Contumacialverfahrens oder erkannter unrichtiger Folgen der Contumaz erfordert wird, oder gegen diese und das Contumacialerkenntniß um Restitution zu bitten.

---

33) Der Verfasser lehrt, daß namentlich dann, wenn „der als Contumax Behandelte sich darüber beschwert daß er als Contumax behandelt worden sei" mit der Appellation zu hören wäre. Vergl. noch Archiv für die Praxis des im Großherzogthum Oldenburg geltenden Rechts Bd. 3, 1847. Nr. XV.: Ueber die Appellation gegen richterliche Verfügungen, welche rein proceßleitend ꝛc. Der Verfasser ist der Ansicht, daß eine Appellation unstatthaft sei, etwa nur durch Restitution geholfen werden könne, „welche dann aber nicht eine restitutio contra rem judicatam" sei, „da eine der Rechtskraft fähige Verfügung überall nicht vorlag, sondern eine restitutio contra lapsum termini" Rechtslexikon Bd. 11, Artikel: Ungehorsam S. 598, 599. Martin a. a. O. Th. 1. S. 550.

34) Der Art. 1157 des Entwurfs der Proceßordnung lautet: Gegen Versäumungserkenntnisse findet keine Appellation statt, ausgenommen, wenn die Beschwerde darin besteht, 1) daß der zugegebenen Versäumung ungeachtet, die als Folgen derselben gegen die säumige Partei ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß sind, oder das gesetzliche Maß überschritten, oder aber 2) kein Versäumniß stattgefunden hat.

Seufferts Archiv, Band 2, Nr. 223: Von Contumacial-Erkenntnissen. Vergl. den 5. Band desselben Nr. 88: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Ungehorsamsurtheil (Erk. des Obertribunals zu Stuttgart v. J. 1851).

Ueber das französische Prozeßrecht Holzschuher: Der Rechtsweg, 1831, S. 488, Schlink. Commentar über die französische Civil-Prozeßordnung, Band 2, 1843, S. 526 ꝛc.

V. Zur Lehre vom Concursrecht [35]).

1) Abweisung des Liquidanten wie angebracht.

Bei Erlassung eines Erkenntnisses über die Liquidität der Ansprüche, welche in einem bei dem obersten Gericht anhängigen Concurs geltend gemacht wurden, erhob sich auch die Frage, wie es hinsichtlich der Ansprüche zu halten sei, welche angebrachtermaßen abzuweisen seien, ob es bei dieser Abweisung sein Bewenden behalte, oder den Liquidanten noch eine kurze Frist zur besseren Begründung ihrer Liquidation anzuberaumen wäre? Die Liquidanten wurden, „wie angebracht", abgewiesen. Zwar gehe die Doctrin dahin, daß „auch ein Fehler in der Profession nur die Auflage einer besseren, keine Präclusion zur Folge habe", wie sich

Schweppe: System des Concurses der Gläubiger, dritte Ausgabe, §. 116, S. 224, ausdrücke. Indessen sei die Praxis des obersten Gerichts strenger, lasse eine solche Nachsicht nicht eintreten. So ergäben die Acten, das Debitwesen des Grafen von Erbach-Erbach angehend, daß das Tribunal mehreren durch das Locationserkenntniß vom 19. Juni 1837 angebrachtermaßen abgewiesenen Liquidanten die wiederholte Geltendmachung ihrer Ansprüche nicht besonders nachgelassen habe. In dem vorliegenden Fall sei um so unbedenklicher ebenso zu verfahren, da den Gläubigern bereits mehrfach Gelegenheit zur wiederholten Liquidation gegeben worden sei und es den Creditoren, welche

35) Vgl. die Nr. III. 1. 6.

sich durch die Abweisung wie angebracht, für beschwert erachteten, unbenommen bleibe, ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen, oder gegen ihre Ausschließung von der Masse Restitution nachzusuchen [36]).

Erk. vom 14. Mai 1855 in Sachen der in dem Debitwesen des Landgrafen Georg Karl von Hessen aufgetretenen Gläubiger, Liquidationskläger, gegen die Debitmasse desselben, Liquidationsbeklagte, Forderungen betr.

2) Nichtigkeit des Vergleichs, welchen der Gemeinschuldner nach Erkennung des Gants zur Beseitigung eines von ihm als Kläger vor Erkennung desselben veranlaßten Rechtsstreits wegen Lehengüter abgeschlossen hat. Anfechtbarkeit dieses Vergleichs von Seiten nur eines Theils der Gantgläubiger.

Nach dem Ableben des der Geschichte seiner Zeit angehörenHerzogs von Dalberg im Jahr 1833 trat ein Freiherr von Dalberg gegen dessen Tochter, sein einziges Kind, welche ihren Vater beerbt hatte, mit einer Klage auf Herausgabe von Gütern auf, welche Mannlehen seien und mit welchen er mitbelehnt worden wäre. Hierdurch entwickelte sich ein Rechtsstreit, welcher, nachdem Kläger in Concurs verfallen war, durch einen zwischen ihm und seiner Gegnerin abgeschlossenen Vergleich beseitigt werden sollte.

Ein Theil der Gläubiger fand sich dadurch veranlaßt, diesen Vergleich, durch welche sie sich für benachtheiligt erachteten, zu dem Zweck, um den Rechtsstreit fortzuführen, im Wege der Klage gegen die Beklagte als nichtig anzufechten. Das Gericht erster Instanz, das Hofgericht in Darmstadt, erkannte dahin, daß der Vergleich, soweit er sich auf die Nutzungen der in Rede stehenden Lehngüter beziehe, welche den Gegenstand jenes Rechtsstreites bildeten, für nichtig und wirkungslos zu erklären sei. Das oberste

36) Schweppe a. a. O. §. 119, S. 226. Die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger, Leipzig, 1781, S. 107 ꝛc. Schmid: Handbuch des Processes Th. 3, S. 302 ꝛc.

Gericht bestätigte dieses Erkenntniß [37]). Was die erste Beschwerde der Beklagten angehe, welche darin bestehe, daß die Klage nicht verworfen worden sei, so erscheine sie als ungegründet. Mit der Erkennung des Gants verliere der Gemeinschuldner die Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen, so daß jede Disposition

---

37) Diesem oberstrichterlichen Urtheil vom Jahre 1849 war ein Erkenntniß vom 16. Januar 1846 vorangegangen. Die Beklagte hatte die Legitimation des Anwalts der Kläger bestritten und auf diese dilatorische Einrede hin sich geweigert, sich auf die Klage einzulassen. Das Gericht verurtheilte, unter Verwerfung dieser Einrede als eine proceßhindernde, die Beklagte zur Einlassung. Auf Berufung derselben reformirte das oberste Gericht durch jenes Erkenntniß dahin: der klägerische Anwalt habe sich zur Führung dieses Rechtsstreites bei dem Unterrichter genügend zu legitimiren, und die der Beklagten auferlegten Einlassung auf die Klage sei nur als eine eventuelle anzusehen. Nach der L. 24 Cod. de procur, (2. 13) sei der Stellvertreter im Processe gehalten, sofort Vollmacht beizubringen. Die Berichtigung des Legitimationspunktes falle nicht der Officialthätigkeit des Gerichts anheim. Werde die Einrede des Mangels der Legitimation zum Prozesse geltend gemacht, so wendeten sich auf sie die bezüglich der rechtlichen Wirkungen der dilatorischen Einreden überhaupt geltenden gesetzlichen Vorschriften in vollem Umfange an. Die Reichsgesetze schrieben aber vor, daß die in der Regel vor der Einlassung auf die Klage vorzuschützenden dilatorischen Einreden von der Einlassung auf die Klage nicht befreien sollten, diese vielmehr eventuell vollzogen werden solle — J. R. A. §. 37, 38, 40. — Nur dann habe eine Ausnahme Raum, wenn die Einrede eine gerichtsablehnende sei, oder der Mangel, in welchem die Einrede ihre Begründung finden will, die Möglichkeit einer bestimmten Einlassung ausschließe. Ebenso könne diese unterlassen werden, wenn der Beklagte von der Unmöglichkeit der Beseitigung der Einrede überzeugt sei — §. 160 des Abschieds des Deputationstags zu Speyer von 1600, §. 40 des J. R. A. In Betrachtung des vorliegenden Falles seien die von dem klägerischen Anwalt beigebrachten Urkunden nicht von der Beschaffenheit, daß sie, ihre Aechtheit vorausgesetzt, ihn genügend legitimirten. Daher erscheine die Einrede der Beklagten insoweit als begründet, als dem Anwalt der Kläger die Nachweisung seiner Legitimation hätte aufgegeben werden müssen. Dagegen vermisse man solche Momente, welche die Verweigerung der Einlassung rechtfertigten. Das Untergericht habe daher mit Grund dahin erkannt, daß die Beklagte sich auf die Klage einzulassen habe; nur hätte diese Einlassung als eine nur eventuelle auferlegt werden müssen.

darüber nichtig sei [38]). Zu der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Activmasse seien alle Vermögenstheile zu ziehen, welche ihrer Natur nach oder in Folge des Gesetzes den Uebergang auf Andere, resp. die Benutzung durch einen solchen zuließen. Zur Masse könnten daher nicht gezogen werden höchst persönliche Rechte des Schuldners. So bildeten Lehn- und Fideicommißgüter ihrer rechtlichen Natur nach in ihrer Substanz nicht einen Bestandtheil derselben, weil sie in so weit dem zeitigen Besitzer nicht gehörten. Dagegen bildeten die Nutzungen derselben auf dessen Lebensdauer einen Bestandtheil seines Vermögens und, wenn er in Gant verfalle, der Masse, so daß er dann nicht darüber verfügen könne und den Gläubigern Rechte erwüchsen [39]); das zu deren Wahrung gebotene Mittel müsse auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Gemeinschuldner sich nicht im Besitze der Güter befinde, wenigstens dann, wenn er seine die Substanz angehenden Ansprüche geltend gemacht habe und die Gläubiger, wegen der Nutzungen betheilgt, sie weiter verfolgen wollten, indem sie ihn repräsentirten. Da nun jener ohne Zustimmung der Gläubiger abgeschlossene Vergleich wegen Mangels der Dispositionsbefugniß als nichtig erscheine, so komme auch nichts darauf an, ob der Beklagten diese Unfähigkeit bekannt gewesen sei [40]) und ob auf der andern Seite der Gemeinschuldner seinen Gläubigern versprochen habe, sich nicht ohne ihre Zustimmung zu vergleichen.

Die Beklagte fand eine eventuelle Beschwerde darin, daß nicht die Vernichtung des Vergleichs auf die Raten der nur einen Theil der Gläubiger bildenden Kläger beschränkt worden

---

38) Bayer, Theorie des Concursprocesses 4. Aufl. 1850, §. 23. S. 69. Günther im Artikel: Concurs des Rechtslexikons, Bd. 2, S. 812. Schweppe: a. a. O. §. 23, S. 69. Schmid: Handbuch des Proc. Th. 3, S. 224.

39) Bayer: a. a. O. §. 25, S. 71, 72, Note 4. Günther a. a. O. S. 820, 832. Mackeldey: Lehrbuch des heutigen röm. Rechts, 12. Aufl. 1842 Bd. 2, S. 351, 352. Kori: System des Concursprocesses 2. Aufl. 1828, S. 99.

40) Bayer, a. a. O. §. 24, S. 69, Note 6.

sei. Auch diese Beschwerde wurde oberstrichterlich für unbegründet erachtet. Vermöge der Natur des Gantverfahrens gehe das Activvermögen des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Gläubiger über. Ohne das Hinzutreten besonderer Verhältnisse stünden den einzelnen Gläubigern bestimmte partielle Ansprüche nicht zu, so daß, wenn einzelne Gläubiger zurückträten, den Uebrigen ein Anspruch auf die Activmasse oder einzelner Theile derselben resp, auf deren Verfolgung ohne Rücksicht auf jenen Rücktritt und ohne Beachtung der Raten ihrer Forderungen so lange bliebe, bis ihre Befriedigung (und deren Bewirkung habe Beklagter nicht behauptet) erfolgt sei [41]).

Erk. vom 12. Februar 1849 in Sachen der in den Acten benannten Gläubiger des nun verstorbenen Freiherrn von Dalberg [42]) in Darmstadt, Kläger, gegen Lady Leveson Gower, nunmehrige Gräfin Granville, Beklagte, wegen Herausgabe von Mannlehen, jetzt Vernichtung eines Vergleichs.

3) Unbeschränkte Nichtverbindlichkeit ausländischer Gantgläubiger zur Sicherheitsleistung wegen der Kosten des Rechtsstreits.

In derselben Sache trug die Beklagte darauf an, daß der Theil der klagenden Gläubiger, welcher dem Auslande angehöre, Sicherheit wegen der Kosten des Rechtsstreits leiste, und erhob, weil das Gericht diesen Antrag verwarf, auch darüber Beschwerde.

Das Gutachten der oberstrichterlichen Referenten erachtete hervorhebend, daß die Beklagte, im Inland mit bedeutenden Gütern angesessen, als Inländerin anzusehen sei, die Beschwerde als begründet, weil nicht die Concursmasse, welche zur Sicherheitsleistung nicht verbunden sei, als Klägerin aufgetreten sei sondern nur einzelne Gläubiger sich zur Erhebung der Klage

41) Günther, a. a. O. S. 805. Seuffert's Archiv, Band 12, Nr. 224.

42) Mit ihm starb das berühmte Geschlecht Dalberg aus, so daß die Frage: „Ist ein Dalberg da? keinen Gegenstand mehr hat. Kurz vor dem Ableben dieses letzten des Geschlechts mußte er um Zulassung zum Armenrecht bitten, und ich würde ihn zum Officialanwalt beigegeben. Ich konnte mich einem schmerzlichen Gefühl nicht entziehen.

vereinigt hätten. Das Tribunal erachtete indeſſen auch dieſe dritte Beſchwerde als unbegründet, indem es theils darum, weil die Kläger, im Weſentlichen die Stellung der Gantmaſſe einnehmend, activ aufgetreten ſeien, theils darum, weil ihnen die Eigenſchaft als Gantgläubiger zur Seite ſtehe, ſie nicht für verbunden anſah, jene Caution zu leiſten.

Vergl. Bayer a. a. O. §. 59, S. 168, Schweppe a. a. O. §. 55, S. 102.

Nach dem Art. 171 des Entwurfs der Prozeßordnung ſoll „die Verbindlichkeit des Ausländers zur Sicherheitsleiſtung" wegen der Koſten auch dann wegfallen, „wenn derſelbe als Gläubiger im Gantverfahren auftritt."

Ueber die Schadenserſatzpflicht der Eiſenbahnverwaltungen.

Von

Herrn Dr. F. Roßhirt,

Oberhofgerichtsrath zu Mannheim.

Eine für den Verkehr höchſt wichtige Rechtsfrage, welche darum auch das Intereſſe des juriſtiſchen Practikers erregen muß, iſt die, ob und inwieferne eine Eiſenbahnverwaltung, welche Güter zum Transporte übernimmt, für Verluſte und Beſchädigungen, die auf Anſchlußbahnen eintreten, haftet. Natürlich tritt dieſe Frage nur dann hervor, wenn ein unmittelbarer Uebergang von der der übernehmenden Verwaltung unterſtehenden Bahn auf die Anſchlußbahn ſtattfindet, indem, ſobald der Verſender ſelbſt einen Frachtvertrag mit der Verwaltung der Anſchlußbahn ausdrücklich eingeht, oder, wenn er ſich eines Vermittlers (z. B. eines Spediteurs) zu ſolcher Eingehung bedient, von einer Haftbarkeit der Verwaltung, welche die Waare zuerſt übernahm, für Dasjenige, was ſich auf der Anſchlußbahn zum Schaden der Waare zutrug, überall nicht die Rede ſein kann. Für Fälle, in welchen auf die letztere Art verfahren